

LAS POLÍTICAS DE INVERSIÓN EXTRANJERA EN MÉXICO Y SU RELACIÓN CON EL ACUERDO MULTILATERAL DE INVERSIONES Y EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE

Gabriela ALDANA UGARTE*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Inversión extranjera directa en México*. III. *La inversión extranjera indirecta en México*. IV. *Acuerdo Multilateral sobre Inversiones, AMI*. V. *Capítulo XI, “De inversión en el TLCAN”*. VI. *Conclusiones*. VII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

La inversión en México se ha vuelto uno de los mecanismos necesarios para alcanzar las metas establecidas, ya que se ha evidenciado como una útil herramienta empleada por el Estado que le permite canalizar la inversión extranjera hacia los sectores más sedientos de inversión.

Con ello, desde luego, cuenta la administración pública para el cumplimiento de objetivos en su tarea como Estado administrador. Esta participación de capitales extranjeros coadyuva a alcanzar los objetivos de las políticas públicas y el desarrollo nacional.

Por inversión se han dado diferentes interpretaciones, por lo que es menester identificar de primera instancia el significado de inversión.

Inversión. Empleo de una suma de dinero en compra de bienes duraderos o títulos. Gasto que se efectúa para mantener en funcionamiento o para ampliar el equipo productivo de una empresa. Bienes y servicios producidos pero no consumidos. Suma de dinero sobrante que se destina a la obtención de rendimientos mediante instrumentos financieros o bancarios.¹

* Profesora en la UNAM, en el ITESM y en la UIA. Consultora y litigante.

¹ Ibarra Hernández, Armando, *Diccionario bancario y bursátil*, México, Porrúa, 1998, p. 99.

Ésta es una definición que aporta amplios elementos que configuran el concepto en sí mismo. Otra idea es la siguiente:

Inversión. Flujo de recursos reales (bienes y servicios) que se dedican a instalaciones y utillaje para la producción. Contrapartida monetaria de este flujo, o parte del gasto y de la producción que no se dedica al consumo. Acumulación. Fondo total resultante de la acumulación de flujos de inversión en distintos periodos. Colocación de capitales en activos rentables.²

Sin embargo, el concepto de inversión en la familia jurídica sajona resulta ser más simple, como se manifiesta a continuación: “Investment. 1. An expenditure to acquire property or assets it produce revenue; a capital outlay. The asset acquire or the sum invested”.³

Lo cierto es que la idea resulta incompleta, por lo que debemos incluir otra consideración sobre el particular, de tal modo que “Investment company. A company formed to acquire and manage a portfolio of diverse assets by investing money collected from different sources”.⁴

El concepto se redondea cuando se complementan ambas ideas, aun cuando la inversión a la que hace alusión es principalmente la inversión extranjera directa. Por otro lado, la inversión extranjera se encuentra íntimamente ligada al comercio, y por ello es objeto de estudio en esta investigación, como ya ha sido debidamente justificado; sirva la siguiente aportación para detallar el comentario.

Según la Organización Mundial de Comercio (OMC), existen estudios empíricos que indican que la inversión extranjera contribuye a mejorar los resultados de exportación de los países en desarrollo. Esta contribución puede ser: i) *directa*: a través de las actividades de exportación de las empresas multinacionales; ii) *indirecta*: al reducir los costos y obstáculos con los que desde el punto de vista de información se enfrentan las empresas nacionales para comenzar a exportar o ampliar sus exportaciones. Estos estudios concluyen que existe una correlación global positiva entre la inversión extranjera y las exportaciones de los países en vías de desarrollo. De lo anterior se desprende que una apertura comercial exitosa es posible si va acompañada de una apertura de flujos de capital productivos que generen recursos fres-

² *Diccionario enciclopédico*, Barcelona, Planeta, 1980, p. 113.

³ Garner, Bryan, *Black's Dictionary Law*, 7th edition, United States of America, 1999, p. 831.

⁴ *Ibidem*, p. 275.

cos, mayor transferencia de tecnología, intercambio de mejores prácticas administrativas y, consecuentemente, más y mejores empleos.⁵

Ciertamente, uno de los mayores beneficios de la IE es sin duda que es un instrumento generador de empleos, pero aunado a este efecto, además aporta otros beneficios, que conviene analizar, que los podemos resumir citando a Ileana Di Giovanni:

La inversión externa conlleva:

- a) Nuevas fuentes de trabajo;
- b) Innovación tecnológica;
- c) Gestión eficaz;
- d) Capacitación.

Los eventuales riesgos o efectos negativos (captura del mercado, desplazamiento de sociedades nacionales, apropiación de recursos no renovables, capacidad de influir y condicionar modos de producción y comercialización, etcétera) no son más que efectos propios —sin duda a veces excesivos— de sus pautas de eficiencia. Lo cierto es que, generalmente, todo intento de controlar tales efectos por vía de reglamentaciones resulta inocuo a los fines perseguidos y causa efectos perversos al desalentar al inversor prudente sin lograr disuadir al inescrupuloso.⁶

Es sumamente interesante la opinión de Ileana Di Giovanni, debido a que la inversión extranjera generalmente ingresa al país a satisfacer los sectores en que ni el gobierno ni los particulares pueden desarrollar; entonces, la inversión extranjera cubre huecos que no pueden ser resueltos por los particulares o el gobierno local. En suma, podríamos señalar que por incompetencia de los operadores responsables de dichas áreas, la mención de que no podrán ser resueltos únicamente con reglamentaciones es un punto fundamental.

Es importante también analizar el esquema que motiva a los inversionistas a insistir en México. Sobre el particular, la revista *Negocios Internacionales* expone los resultados de la encuesta realizada por Opinion Research Corporation.

La información es expuesta con un diseño propio, el cual considero de fácil lectura, pero respetando los datos originales.

⁵ “Inversión y pagos relacionados. Tratado de Libre Comercio México-Unión Europea (TLCUEM)”, *Importancia para promover mayores flujos de inversión y comercio*, en www.economia.gob.mx.

⁶ Di Giovanni, Ileana, *Derecho internacional económico y las relaciones económicas internacionales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, pp. 273 y 274.

<i>Motivos porque se interesan en México</i>	<i>Sectores de las empresas que invierten en México</i>	<i>Nichos de mercado que buscan</i>	<i>Ventajas competitivas de México</i>
<p>1. Ya están haciendo negocios en México. 2. Quieren expandir sus negocios</p>	<p>Automotriz, agrícola, turístico, educativo, servicios financieros, informática, comercializadora, alimentos</p>	<p>Coinversión, manufactura, quieren abrir una empresa en México, buscan socios para fabricar un producto, buscan socios para vender en México, turismo</p>	<p>Alto nivel de importaciones y mucha mano de obra, costo de producción es más bajo, México es parte del TLC, lo que les da acceso al mercado norteamericano, así como al canadiense</p>

Fuente: “¿Qué motiva la inversión extranjera en México?”, *Negocios Internacionales*, año 11, núm. 127, octubre de 2002, pp. 38-41.

La inversión extranjera se divide en dos grandes apartados:

- a) Inversión extranjera directa.
- b) Inversión extranjera indirecta.

La inversión extranjera directa es conocida como la “inversión de ladrillos”; es decir, la inversión permite la apertura de empresas, y es en consecuencia generadora de empleo, como uno de los principales beneficios; en tanto que la inversión extranjera indirecta se caracteriza por su breve temporalidad o efímera, así como menos requisitos para su aprobación.

<i>Inversión extranjera directa</i>	<i>Inversión extranjera indirecta</i>
Inversión de ladrillos	Inversión de portafolios o capital golondrino
Generadora de empleo	Genera fondos para activación de economía
Más requisitos	Menos requisitos

<i>Inversión extranjera directa</i>	<i>Inversión extranjera indirecta</i>
Más tiempo	Menos tiempo
Fácil identificar el flujo de capitales por este concepto.	Difícil de analizar el flujo de capitales (telemática)
Pocos sectores restringidos para la apertura de empresas extranjeras	Más facilidad para la liberalización de los recursos
Más requisitos que cubrir para el reenvío de capitales (utilidades)	Restricciones mínimas para el reenvío de capitales

El gobierno mexicano ha implementado diferentes mecanismos para otorgar certeza a la apertura de empresas, facilidades y estímulos que atraen a los inversionistas, pues tal vez la legislación donde más reformas se han implementado es sin duda en la Ley de Inversión Extranjera.

La Ley de Inversión Extranjera se ha modificado en diferentes ocasiones; se caracterizan por ser actualmente una legislación que permite la participación de los inversionistas extranjeros en la mayoría de los sectores.

II. INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA EN MÉXICO

La definición de inversión extranjera que aporta la Organización de Cooperación para el Desarrollo Económico, OCDE (*Benchmark Definition of Foreign Direct Investment*, 3a. ed., 1996, p. 7) reza como sigue:

La inversión extranjera directa refleja el objetivo de obtener un interés duradero por parte de una entidad residente en una economía (inversionista directo), en una entidad residente en otra economía diferente a la del inversionista (empresa de inversión directa). El interés duradero implica la existencia de una relación de largo plazo entre el inversionista directo y la empresa, así como un grado significativo de influencia en el manejo de la empresa.⁷

Como ya fue señalado antes, generalmente se caracteriza por permitir un campo fértil para que se desarrollen las empresas extranjeras. Este *hábitat*

⁷ Comisión Nacional de Inversión Extranjera, *Informe estadístico sobre el comportamiento de la inversión extranjera directa en México, enero-diciembre de 2000*.

es responsabilidad del gobierno generarlo,⁸ así como canalizar la inversión hacia los sectores más sedientos de esta inversión.

La inversión extranjera directa es el desplazamiento de capital por personas privadas para emprender negocios en el exterior, y en la cual existe un control del inversionista sobre la marcha de los negocios.⁹

Dentro de las facultades de la Comisión Nacional de Inversión Extranjera se encuentra crear un escenario donde pueda desarrollarse la inversión extranjera, canalizarla hacia los sectores más necesitados, así como proteger al país para no convertirse en un “depósito de tecnología chatarra”, por lo que establece criterios selectivos que permitirán el acceso al mercado de diferentes productos provenientes de diferentes países.

<i>Procedencia</i>	<i>Porcentajes</i>
América del Norte	64.1 %
Unión Europea	20.3 %
Países de la Cuenca del Pacífico	6.6 %
Otros Países	9.0 %

Fuente: Inversión y pagos relacionados, Tratado de Libre Comercio México-Unión Europea (TLCUEM), economía.gob.mx. Dirección General de Inversión Extranjera.

Por lo que respecta al TLCAN, en su capítulo XI se establece con claridad qué es lo que espera cada país de este tipo de inversión, creando reglas precisas en cuanto al flujo de la inversión, al establecimiento de las empresas, así como a los mecanismos para la solución de controversias que pudieran suscitarse como resultado de la interpretación o aplicación del TLCAN. El país del cual México recibió más IED en 2000 fue Estados Unidos, y este comportamiento ha sido reincidente; por tanto, el TLCAN adquiere un papel sobresaliente en este sector. A continuación damos las cifras por sector aportadas por la CNIE y el RNIE.

⁸ El fundamento de la obligación del Estado para crear un *habitat* confortable se encuentra previsto en los artículos 25, 26 y 28 constitucionales, así como en la legislación reglamentaria, como lo es el artículo 1o. y demás aplicables y relativos de la Ley de Inversión Extranjera.

⁹ Méndez Silva, Ricardo, *El régimen jurídico de las inversiones extranjeras en México*, México, UNAM, 1969, p. 13.

<i>Sector</i>	<i>Valor</i>	<i>Part. %</i>
Agropecuario	81.3	0.8
Extractivo	156.9	1.5
Industria manufacturera	6,503.3	62.8
Electricidad y agua	50.7	0.5
Construcción	24.2	0.2
Comercio	1,544.6	14.9
Transportes y comunicaciones	-2,847.4*	-27.5
Servicios financieros	4,155.9	40.1
Otros servicios	688.8	6.7
<i>Total</i>	10,358.3	100.0

Fuente: Informe de la Comisión Nacional de Inversión Extranjera, enero-diciembre 2000.

*Este movimiento se explica por la venta de acciones de Telmex en el mercado de valores, que antes estaban en manos de inversionistas extranjeros directos.

Conviene señalar que estos porcentajes son arrojados en razón de la IED notificada ante el RNIE y materializada durante ese periodo, más la importación de activo fijo por parte de empresas maquiladoras; el sector manufacturero incluye la participación de la industria maquiladora. Por cuanto se refiere a los servicios financieros, también incluye la administración y arrendamiento de bienes muebles e inmuebles. Por último, con relación al ramo de “otros servicios”, la CNIE incluye en éste los servicios comunales y sociales, hoteles y restaurantes, servicios profesionales y técnicos, así como los personales. Es importante señalar que las cifras también distinguen al país del cual proviene en su mayoría la IED, y es Estados Unidos, pero estas cantidades se simplifican cuando las proyectamos en una tabla.

<i>País</i>	<i>Cantidad</i>
Estados Unidos	8,938.5
España	1,570.8
Holanda	979.6
Canadá	497.2
Japón	387.8
Finlandia	216.0
Alemania	181.4
Reino Unido	153.6

Fuente: Informe de la Comisión Nacional de Inversión Extranjera, CNIE. Cantidades en millones de dólares.

En cuanto a las cantidades, éstas son notificadas en millones de dólares, y sin duda sobresale la participación de Estados Unidos como uno de los principales inversionistas. Canadá se coloca en cuarto sitio, aun cuando estas cantidades tienden a incrementarse con complementación de estos mercados, o, dicho de otra forma, con la intensificación del comercio.

Es importante señalar el lugar que ocupa Japón, después de la celebración de APEC en la Cumbre de los Cabos, México, en octubre de 2002, donde inician las negociaciones formalmente para la formalización de un Tratado de Libre Comercio con Japón, que había manifestado interés comercial, pero enfocada exclusivamente al sector de inversión; es decir, sería la celebración de un acuerdo de protección y promoción recíproca de inversiones, APPRI, que hoy en día busca ser un TLC.

Por otro lado, de la tabla anterior también se desprende el interés por países que conforman la Unión Europea en su participación en el mercado mexicano. Aquí cabe aclarar que la participación no encuadra en el TLCUEM, sino en una participación individualizada, y que además las cantidades refieren al año 2000, año en el cual inicia el TLCUEM y que facilitaría aún más las relaciones comerciales. En cuanto a esto, también debe señalarse que existen facultades que se entienden reservadas en forma exclusiva a la Unión, y que ésta decidirá a través de sus autoridades comunitarias.

III. LA INVERSIÓN EXTRANJERA INDIRECTA EN MÉXICO

El Centro de Información y Documentación Empresarial sobre Iberoamérica aporta una definición, que conviene considerar:

Inversión indirecta. Es la que se realiza a través de la adquisición de acciones por parte de inversores extranjeros en las bolsas de valores; por definición, esta modalidad exige que el inversor no tenga una posición activa en la gerencia de la empresa receptora de la inversión.¹⁰

El concepto de inversión extranjera indirecta, en cuanto a su composición aun en forma vaga, la refiere el Banco Central de Ecuador, que expone: “Inversión extranjera indirecta:... La inversión extranjera indirecta está constituida por los préstamos externos”.¹¹

Respecto a las inversiones denominadas “capitales golondrinos”, o como lo denomina España “inversiones de cartera”, es importante señalar que en México se ha avanzado mucho en esta área, pues hasta hace tres décadas el mercado bursátil en el país era realmente incipiente.

La madurez del mercado bursátil ha generado en México un clima que permite la certidumbre en el flujo de los capitales; esto también se ha generado con el aprendizaje,¹² obtenido como resultado de los compromisos internacionales que ha concertado el gobierno mexicano con la comunidad internacional.

Tanto la inversión extranjera indirecta como la directa requiere de cierta estabilidad que le permita considerar el mercado mexicano como viable.

Los países han abordado el tema de la inversión desde múltiples ángulos, lo que les ha permitido crear un marco jurídico que responda a sus expectativas; sobre el particular, es interesante considerar el mecanismo que han implementado países como España, que siendo miembro de la Unión Europea permite el flujo de la inversión extranjera, creando un marco jurídico que brinda certeza a la inversión tanto directa como indirecta. Éste se encuentra en el Real Decreto 671/1992, del 2 de julio, sobre inversiones extranjeras en España, en donde identifica la normatividad del capítulo II

¹⁰ www.cideiber.com. Información de los países. Venezuela. Anexos. Normatividad legal sobre inversión extranjera.

¹¹ www.ildis.org.ec. “Inversión extranjera directa”.

¹² Fuente: Informe de la Comisión Nacional de Inversión Extranjera, enero-diciembre de 2000.

en las inversiones directas, y en el capítulo III, las conocidas como “Inversiones de cartera”.¹³

Además de lo anterior, es importante considerar que independientemente de la apertura sectorial tenemos que tomar en cuenta la obligación que tienen tanto el emisor como el receptor de declarar los movimientos de capitales que por concepto de inversión pasan por España. Esta obligación la encontramos consagrada en el Real Decreto 1816/1991 en el artículo 4, que reza como sigue: “Procedimientos de declaración de movimientos de capitales que tengan por objeto la información administrativa o estadística”.¹⁴

Ciertamente, este tipo de control obedece básicamente a evitar la evasión fiscal, pues de esta manera tanto las autoridades como el Banco de España tendrán conocimiento de los flujos de capitales. Tal vez el único obstáculo que enfrenten sea la aplicación de cláusulas de salvaguardia, que tutelan los intereses nacionales sobre las inversiones extranjeras; sobre el particular, José Carlos Fernández Rozas aporta un comentario oportuno para el caso que nos ocupa:

Entre estas situaciones se encontrarían la necesidad de aplicar medidas adoptadas por organismos internacionales de los que España sea parte (fundamentalmente embargos comerciales) o alteraciones de la cotización de la divisa nacional que afecten gravemente a los intereses nacionales (principalmente frente a operaciones a corto plazo de carácter especulativo).¹⁵

Ciertamente, se le otorga un trato diferenciado a la inversión extranjera indirecta; es decir, a aquellos flujos de capitales con fines especulativos, pues podrían generar daños sobre el mercado. Recordemos por último que el espíritu de esta normatividad descansa en la responsabilidad de las instituciones comunitarias, y sólo para la esfera de su competencia.

IV. ACUERDO MULTILATERAL SOBRE INVERSIONES, AMI

El Acuerdo Multilateral sobre Inversiones es un nuevo acuerdo vinculante que está negociando en la OCDE (Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos) el grupo de 29 países ricos con sede en París. Originalmente

¹³ Espulgues Mota, Carlos *et al.*, *Legislación básica del comercio internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 270.

¹⁴ Real Decreto 1816/1991, España.

¹⁵ Fernández Rozas, José Carlos, *Derecho del comercio internacional*, Madrid, 1996, pp. 124 y 125.

se concibió como parte de la Ronda Uruguay del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), precursor de la Organización Mundial del Comercio, pero tuvo que enfrentarse con la fuerte oposición de los países del Sur.

Los Estados Unidos de América decidieron hacerse cargo del asunto, y con el apoyo de empresas multinacionales instaron a la negociación de un acuerdo en el marco de la OCDE. Las negociaciones se iniciaron en secreto en 1995, con el propósito de concluir un acuerdo en 1997. El Acuerdo no ha sido firmado todavía. Está pendiente una nueva reunión de sus promotores en otoño de este año.

Una vez que se firme el AMI, se invitará a los países no miembros a firmarlo sobre la base de “o lo toma o lo deja”; además, no tienen voz en las negociaciones. Hay una fuerte influencia corporativa de las empresas multinacionales, que a través de la Cámara de Comercio Internacional propusieron el proyecto de texto del AMI. Ha habido muy poca información al público y casi ningún debate.

El AMI se basa en tres principios fundamentales, concebidos para reforzar los derechos de las empresas multinacionales, que son:

- No discriminación: los inversores extranjeros deben ser tratados igual o mejor que las empresas nacionales.
- Ninguna restricción de entrada: los gobiernos nacionales y locales no pueden restringir las inversiones extranjeras, en modo alguno (por ejemplo, compra de empresas privatizadas), ni en ningún sector (excepto la defensa).
- Ninguna condición: los gobiernos nacionales y locales no pueden imponer requisitos de ejecución, como asegurar el empleo local, controlar la especulación en divisas o requerir un periodo mínimo de inversiones. Estas condiciones están prohibidas aunque se apliquen por igual a empresas nacionales y extranjeras.

Una vez firmado el Acuerdo, un país no podrá retirarse de él durante los cinco primeros años, y los gobiernos sucesivos quedarán obligados durante quince años. Los gobiernos nacionales o locales que infrinjan cualquiera de estos principios podrán ser denunciados ante un tribunal internacional y se les podrá exigir una indemnización por daños y perjuicios pasados y potenciales en el futuro.

1. *Principales objeciones al AMI*

A. *El Acuerdo Multilateral sobre Inversiones priva a los gobiernos nacionales locales de sus poderes democráticos y concede nuevos derechos a las empresas multinacionales*

La finalidad es liberalizar los movimientos de capital en el supuesto de que esto beneficie a todos. Sin embargo, el aumento de las inversiones en el sector privado no se traduce automáticamente en un mayor bienestar; de hecho, a menudo conduce a una mayor desigualdad, a la desintegración de las comunidades y a la destrucción del medio ambiente.

El AMI priva a los gobiernos, a nivel local y nacional, del derecho a regular las inversiones extranjeras para proteger a la población y el medio ambiente. En virtud del AMI, no se permitirían regulaciones ni restricciones para licencias; por ejemplo, de inversiones en tierras, recursos agrícolas, industrias culturales, vertederos tóxicos o industrias contaminantes. Los gobiernos no tendrían poder alguno para analizar cuáles podrían ser los beneficios de las inversiones. No podrían controlar legítimamente las inversiones para promover objetivos económicos, sociales, culturales o ecológicos sostenibles. Por añadidura, podría llevarse a juicio a los gobiernos que infringieran estas reglas.

B. *El Acuerdo Multilateral sobre Inversiones podría dismantelar de hecho las actuales leyes sociales y de protección del medio ambiente*

Con arreglo al AMI, las empresas podrían denunciar a los gobiernos por cualquier ley o política que hiciera recaer sobre ellas más cargas que sobre una empresa de propiedad nacional. Esta discriminación puede derivarse de leyes protectoras de la salud, los derechos de los trabajadores, las minorías, las comunidades locales o el medio ambiente. Aun cuando se demostrara que la reglamentación promueve el interés público, no sería admisible.

C. *El Acuerdo Multilateral sobre Inversiones no es equitativo y podría ser perjudicial para los países más pobres*

Si se firma el AMI, será una especie de visto bueno a los inversores. Aun cuando lo estén negociando los países ricos, es probable que la firma

del Acuerdo se convierta en un requisito previo para las inversiones. Podría impedirse así la práctica de muchas políticas que han sido importantes para el desarrollo de las economías de la OCDE. Con arreglo al AMI no pueden restringirse las inversiones en sectores específicos (por ejemplo, la agricultura) ni mediante la imposición de restricciones (por ejemplo, formación y contratación de personal local o nacional). Los gobiernos no tendrían derecho a restringir el nivel de capital accionario ni la importación y exportación o la repatriación de los beneficios, independientemente de las consecuencias sobre la balanza de pagos.

D. El Acuerdo Multilateral sobre Inversiones mermaría los poderes de los gobiernos locales y socavaría las iniciativas locales

Sería imposible controlar las inversiones inadecuadas en industrias contaminantes, o aplicar políticas que garanticen que las inversiones crean beneficios reales para las comunidades locales. Los gobiernos locales o nacionales no podrían influir para que se dé empleo a los nacionales o se recurra a proveedores locales, o para que las inversiones se mantengan por un periodo mínimo. Se socavaría gran parte del trabajo realizado por las iniciativas locales del Programa 21, aprobado tras la Cumbre de la Tierra. Los ciudadanos podrían perder la capacidad para influir en favor del tipo de desarrollo económico que promueve la sostenibilidad. Se podría prohibir a las autoridades locales de un país que tomen medidas económicas en apoyo de la población de otros países, como se hizo en la lucha contra el régimen de *apartheid* en Sudáfrica. Los ciudadanos y los gobiernos locales no podrían tomar medidas que fueran de algún modo discriminatorias contra un inversor extranjero. Por éstas y otras razones, los países que participan en las negociaciones han propuesto ya muchas exenciones.

E. El Acuerdo Multilateral sobre Inversiones se está negociando sin participación ni debates públicos y con la exclusión de la mayoría de los países

El AMI es radicalmente ajeno a la necesidad de combatir la pobreza y la exclusión, y a la necesidad de reforzar los procesos de decisión a nivel local. Está concebido para invalidar los acuerdos concertados voluntariamente mediante procesos como la Cumbre Social o la Cumbre de la Tierra. La OCDE, en una consulta en octubre de 1997, se negó a suspender las ne-

gociaciones o dilatar su plazo para dar tiempo a un debate público y a una consideración adecuada de los problemas.

F. *Acuerdos de protección y promoción recíproca de inversiones, APPRI (también conocidos como Bilateral Investment Treaty, BIT)*

Estos convenios buscan crear certidumbre jurídica, así como condiciones favorables en materia de cooperación económica entre los países, pero sobre todo crear el ambiente idóneo en la realización de inversiones por parte de nacionales y de compañías de un Estado en el territorio del otro.

Tal vez de los principales temores que enfrenten los inversionistas de otros países es el constante cambio de las legislaciones, que crea un clima de incertidumbre, principalmente en el regreso de los capitales y utilidades a la empresa matriz. El paradigma constante es la apertura comercial *versus* proteccionismo.

Estos convenios permiten crear una estabilidad y cooperación para los países que consideran al país como un prospecto para ser asiento de inversiones. Existe una recíproca protección y cooperación en cuanto a los capitales determinados.

Los APPRI generalmente son de carácter bilateral, y se basan en instrumentos intergubernamentales que concedan certeza en el trato nacional para la permanencia y protección de la inversión.

México tiene diferentes APPRI celebrados con otros países, entre los que destacan Alemania, España y Japón.¹⁶ A continuación se enlistan los acuerdos celebrados por México al cierre de esta investigación.

Acuerdos de protección y promoción de inversiones

<i>País</i>	<i>Año</i>	<i>País</i>	<i>Año</i>	<i>País</i>	<i>Año</i>
Suiza	1996	Austria	2001	Panamá	2006
Argentina	1998	Suecia	2001	Islandia	2006
Holanda	1999	Corea	2002	Australia	2007
Francia	2000	Italia	2002	Trinidad y Tobago	2007
Reino Unido	2000	Uruguay	2002	España	2008

¹⁶ <http://www.economia.com.mx>

<i>País</i>	<i>Año</i>	<i>País</i>	<i>Año</i>	<i>País</i>	<i>Año</i>
Portugal	2000	Grecia	2002	India	2008
Dinamarca	2000	Cuba	2002	Eslovaquia	2009
Finlandia	2000	Bélgica	2003	China	2009
Alemania	2001	R. Checa	2004	Bielorrusia	2009

Fuente: Promexico.gob.mx

V. CAPÍTULO XI, “DE INVERSIÓN EN EL TLCAN”

Este capítulo resulta de especial importancia, debido a que contempla elementos significativos y relevantes de la inversión extranjera directa en México.

Los principios que regulan la inversión son los siguientes:

1. Cláusula de la nación más favorecida.
2. Trato justo y equitativo.
3. Trato no discriminatorio.
4. Eliminación de requisitos de desempeño.

Cada uno de estos principios es esencial para la aplicación del flujo de la inversión extranjera, pero conviene realizar un acercamiento para identificar cada principio.

1. *Cláusula de la nación más favorecida, CN+F*

El contenido esencial de la CN+F es sin duda la posibilidad de extender los beneficios de manera inmediata e incondicional a los países con los que se tenga firmada o comprometida dicha cláusula. El capítulo XI señala:

Artículo 1103.1. Cada una de las Partes brindará a los inversionistas de otra Parte, un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas de otra Parte o de un País que no sea Parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversiones.¹⁷

¹⁷ Texto del TLCAN.

La clave de dicho compromiso es sin duda el señalamiento: “Trato no menos favorable” que el que se conceda a otro en circunstancias similares. Estos dos elementos son los que pudieran generar una interpretación inadecuada, pues de ellos depende su aplicación y los beneficios a las partes.

2. *Trato justo y equitativo*

Este principio equipara la relación contractual a la que se presenta para los inversionistas en situaciones similares, pero para generar certidumbre jurídica en el trato es importante la imposición de criterios claros, tales como lo señala el propio capítulo XI en el artículo 1102.4:

Artículo 1102.4. Para mayor certeza, ninguna Parte podrá:

- a) imponer a un inversionista de otra Parte un requisito de que un nivel mínimo de participación accionaria en una empresa establecida en el territorio de la Parte, esté en manos de sus nacionales, salvo que se trate de acciones nominativas para directivos o miembros fundadores de sociedades; o
- b) requerir que un inversionista de otra Parte, por razón de su nacionalidad, venda o disponga de cualquier otra manera de una inversión en territorio de una Parte.

Estos requisitos de primera instancia están prohibidos, y cualquier implicación en este sentido podría generar una revisión de dicha aplicación, así como las consecuencias.

3. *Trato no discriminatorio*

Es un elemento que se considera en el rubro del trato justo y equitativo; es más, podría considerarse como complementario del punto anterior. Para este análisis procedo a separarlos, pero sin duda podría ser el trato no discriminatorio la consecuencia del trato justo y equitativo.

Esencialmente es no distinguir en razón de la nacionalidad de la inversión, y dañar con un trato diferenciado al inversionista.

4. *Eliminación de los requisitos de desempeño*

La imposición de los requisitos de desempeño procede únicamente por razones de cumplimiento de reglamentaciones previamente determinadas o

bien por razones de salud humana o vegetal o conservación de los recursos naturales. Cualquier otro tipo de requisito que se imponga para la puesta en marcha de una empresa se traduce en prácticas proteccionistas al mercado nacional, que distorsionan el mercado.

Es importante señalar cuál es el fundamento para la imposición de este requisito.

Estos principios deben ser complementados con los conocidos como principios propuestos por el Acuerdo Multilateral de Inversiones, AMI.¹⁸

Este instrumento señala cuáles son los principios básicos en materia de inversión, de los cuales en el capítulo XI se aplican los siguientes:

- Trato nacional. Éste ya fue comentado anteriormente, y es uno de los principios fundamentales en este capítulo; realmente este principio es medular en la aplicación y continuidad del Tratado.
- Eliminación de requisitos de desempeño, igual que sucede con el punto anterior, ya ha sido comentado anteriormente, es evitar barreras no arancelarias que distorsionan el comercio.
- Apertura sectorial, es la reestructuración en los porcentajes de participación de los inversionistas en sectores que antes se encontraban restringidos a los extranjeros; dicho de otra manera, el gobierno permite que los extranjeros participen en sectores que antes eran únicamente para el gobierno o bien para el Estado.¹⁹ La ley de inversión extranjera.
- Liberalización de capitales. Se refiere a permitir la salida de los capitales a la sucursal matriz. Lo podemos encontrar en el capítulo XI con el título de “Transferencias” cuando señala:

Artículo 1109. 1. Cada una de las partes permitirá que todas las transferencias relacionadas con la inversión de un inversionista de otra de las Partes en territorio de la Parte, se hagan libremente y sin demora. Dichas transferencias incluyen:

¹⁸ Acuerdo Multilateral de Inversiones, AMI. Tratado internacional incompleto, propuesto por el G-7, y apoyado por el OCDE. Es un tratado internacional que en materia de inversión propone cuáles serían los principios que regulan la inversión a nivel mundial. Estos son: trato nacional, eliminación de requisitos de desempeño, apertura sectorial, expropiación, liberalización de capitales, mecanismo de solución de controversias.

¹⁹ El ejemplo lo encontramos en el artículo 28 constitucional, que prevé las áreas estratégicas y las áreas prioritarias. En las primeras únicamente participa el Estado (correos, telégrafo, radiotelegrafía, energía nuclear, energía eléctrica, minerales radiactivos, petroquímica básica, petróleo, banco central); mientras que en las segundas se permite la participación exclusivamente de nacionales (radio, televisión, FFCC, etcétera).

- a) Ganancias, dividendos, intereses, ganancias de capital, pagos por regalías, gastos por administración, asistencia técnica y otros cargos, ganancias en especie y otros montos derivados de la inversión;
- b) Productos derivados de la venta o liquidación, total o parcial, de la inversión;
- c) Pagos realizados conforme a un contrato del que sea parte un inversionista o su inversión, incluidos pagos efectuados conforme a un convenio de préstamo;
- d) Pagos efectuados de conformidad con el artículo 1110; y
- e) Pagos que provengan de la aplicación de la sección B.

El flujo de capitales deberá ser sin restricciones, para agilizar la inversión tanto directa como indirecta, además de que deberán cubrirse los impuestos correspondientes. Sin embargo, el artículo anterior tiene una excepción, y es el mismo artículo en el punto 4, cuando señala:

Artículo 1109. 4. No obstante lo dispuesto en los párrafos 1 y 2, las Partes podrán impedir la realización de transferencias, por medio de la aplicación equitativa, no discriminatoria y de buena fe de sus leyes en los siguientes casos:

- a) Quiebra, insolvencia o protección de los derechos de los acreedores;
- b) Emisión, comercio y operaciones de valores;
- c) Infracciones penales o administrativas;
- d) Reportes de transferencias de divisas u otros instrumentos monetarios; o
- e) Garantía del cumplimiento de los fallos en un procedimiento contencioso.

Este artículo es la base para los procedimientos contenciosos, además de ser fundamento para la aplicación de suspensión de beneficios en materia de inversión; rompe el principio de trato nacional. Los casos que prevé este artículo son situaciones de causa mayor o no contempladas por el mismo tratado.

Este artículo prevé los casos de incumplimiento de las relaciones contractuales. Busca crear una garantía que tutele los beneficios previamente creados, como al tenor de este capítulo.

- Expropiación. Sobre el particular, es importante señalar que el concepto en sí mismo implicaría requisitos esenciales distintos en cada legislación. Para el derecho mexicano, el ámbito constitucional señala en el artículo 27, primer párrafo: “Las expropiaciones sólo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización”.

Texto que es complementado para su interpretación constitucional con el inicio del segundo párrafo del mismo artículo constitucional:

La Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana.²⁰

Si bien es cierto que son dos párrafos independientes, existe una idea que genera un vínculo entre un supuesto jurídico y otro. La potestad soberana del Estado (nación) de imponer modalidades a la propiedad, que iría directamente en perjuicio de los particulares. Ciertamente, no se reconoce tampoco si será persona física o moral, o bien sobre nacional o extranjero, por lo que, en consecuencia, señala el principio general de derecho: “donde la ley no distingue, nosotros no tenemos por qué distinguir”.

En tanto que para el derecho norteamericano, la cláusula de expropiación, considerada desde el texto constitucional en la quinta enmienda en la parte final, señala: “...nor shall private property be taken for public use, without just compensation”.²¹

Sobre esta importante enmienda, Sergio García Rodríguez, en su artículo “El derecho constitucional respecto a la inversión”, señala:

La cláusula de expropiación es otro elemento muy importante en el debido proceso. Además de disponer los procedimientos adecuados que deben seguirse antes de que el gobierno pueda confiscar propiedades, la Constitución prohíbe dicha expropiación *a menos* de que: 1) sea de utilidad pública y 2) a cambio de una “indemnización justa”. La cláusula de expropiación protege a las sociedades y extranjeros en la misma medida que protege a los ciudadanos.²²

Es interesante rescatar sobre el anterior planteamiento que no hace distinción, o bien se concede trato igualitario, de primera instancia entre sociedades y personas. Para finalizar afirmando que tampoco se hará distinción entre ciudadanos y extranjeros.

²⁰ Artículo 27, Constitución Política de los Unidos Mexicanos.

²¹ Amendment V, Constitution of the United States of America.

²² Morineau, Martha y López Ayllón, Sergio, *National Law Center for Interamerican free trade*, México, UNAM, 1999.

Resulta interesante resumir esta comparación de conceptos jurídicos en forma esquemática.

<i>Legislación mexicana</i>	<i>Legislación norteamericana</i>
Artículo 27, primero y segundo párrafos, constitucional	Quinta enmienda constitucional
“Las expropiaciones podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización”	“...ni se podrá tomar propiedad privada para uso público sin justa compensación”
Texto complementario: “La Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público...”	Complementa con resoluciones de la Corte: Press Enterprise C. vs. Superior Court, 478 US. 1. (1986).
No determina un momento preciso para el pago de la indemnización	No podrá disponer de la cosa, sin compensar
Sin precisión para la determinación de la indemnización	La compensación deberá ser justa. Generalmente coincide con valor de transacción en el mercado al momento de hacer líquida la obligación
Sin mención para extranjeros o nacionales	Sin distinción para extranjeros o nacionales
No menciona persona física o moral	Sí complementa para persona física o moral.

Es interesante ver que aun cuando ambas son facultades que se le reservan en forma exclusiva al Estado, permiten el ejercicio de la discrecionalidad del mismo, situación que podría colocar en una situación de incertidumbre a los particulares, por la aplicación del mismo

Para el presente estudio se parte de conceptos que giran en torno a la inversión en general, y posteriormente se distinguirá cada especie, por lo que este punto debemos analizarlo con cautela, pues aporta una clasificación interesante o no común; es decir expropiación directa y la expropiación indirecta.²³ Ambos casos son considerados en este capítulo.

²³ Apuntes de clase de la materia “Contratos internacionales”, impartida por el maestro Alejandro López Velarde. Maestría en derecho con vertiente en comercio exterior, Universidad Nacional Autónoma de México, 1997.

a) Expropiación directa. Es retirar el justo título a un propietario, por una causa de utilidad pública, mediante pago que indemnice la pérdida del bien.

b) Expropiación indirecta. Es la imposición de los miembros cupulares de la empresa; retirarán al extranjero e imponen a un nacional en una empresa extranjera. La justificación es que el nacional conoce mejor las cadenas productivas nacionales.

En el TLCAN se prevén ambas; la primera en el artículo 1110, “Expropiación y compensación”, donde de primera instancia se prohíbe cualquier tipo de expropiación directa; también incluyen el término de nacionalizar. Es importante considerar el texto de dicho artículo:

Artículo 1110. 1. Ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (expropiación), salvo que sea:

- a) Por causa de utilidad pública;
- b) Sobre bases no discriminatorias;
- c) Con apego al principio de legalidad y al artículo 1105, 1, y
- d) Mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 6.

El texto señala que está prohibida la nacionalización o expropiación directa o indirecta, y posteriormente afirma, *salvo*, por lo que existen cláusulas que prevén las opciones para la indemnización, y consideran:

- a) Pago considerando: justo valor del mercado.
- b) El pago de la indemnización se hará sin demora, y la misma será completamente liquidable.
- c) El pago se realizará con moneda del Grupo de los Siete.²⁴

Por lo que aun cuando el texto señala en las ideas iniciales que se encuentra prohibido, posteriormente se distingue en qué caso es procedente.

Mecanismos para la solución de controversias. Es indispensable considerar un mecanismo alternativo para la interpretación y solución de controversias generadas de la aplicación del TLCAN.

Por lo que se refiere a la inversión, se crea un mecanismo *ex profeso* con reglas propias, pues se trata de agilizar el procedimiento para evitar pérdidas o menoscabos en los inversionistas.

²⁴ Grupo de los Siete, G-7. Los países que conforman el G-7 son los siguientes: EU (dólar US), Canadá (dólar canadiense), Japón (yen), Inglaterra (libra esterlina), Alemania (marco alemán), Italia (lira), Francia (franco francés). Es importante señalar que debido a las consecuencias del sistema monetario europeo, y la consolidación de la Unión Europea, las tres últimas monedas fueron sustituidas por el euro (marco alemán, lira y franco francés).

Este apartado se contiene en el artículo 1115, que define el objetivo de esta sección, dejando salvos los derechos de cada una de las partes, cuando el mismo señala: “sin perjuicio de los derechos y obligaciones de las Partes establecidos en el Capítulo XX, ‘Disposiciones institucionales y procedimientos para la solución de controversias’”. Por lo que se deduce que también se puede recurrir al capítulo XX, que son las reglas generales para la solución de controversias.

En este capítulo igualmente se prevén las formas alternativas para resolver las controversias; es decir, solventarlo mediante la consulta y la negociación. Este es el último intento conciliatorio que busca aproximar a las partes previo a someterlo a un arbitraje.

Pero aun en el caso de no resolver de este modo la controversia, el siguiente paso es el arbitraje. Existe todo un procedimiento que se deberá agotar. Éste se encuentra regulado a partir del artículo 1119 y de ahí en adelante se prevé desde la presentación de la demanda hasta el laudo o resolución del panel.

Para las partes que se someten a un arbitraje regional, como lo es el previsto por este capítulo, es fundamental el consentimiento al arbitraje, donde cada una de ellas se allana al procedimiento y al resultado del mismo. Este consentimiento deberá darse invariablemente por escrito, incluye además en forma complementaria el artículo II de la Convención de Nueva York,²⁵ así como la Convención Interamericana, que requiere un acuerdo. Igualmente, se consideran las reglas de arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional, Uncitral, aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1976, sin olvidar el Convenio de CIADI.

El trámite se solicita ante la Comisión, y el secretariado es el que se encargará de los pormenores administrativos para la implementación del tribunal o panel.

Como fue analizado, el capítulo XI del TLCAN retoma elementos de los tratados internacionales como del AMI, del Uncitral, del CIADI y otras convenciones en materia mercantil para complementar el contenido del tratado.

²⁵ “Artículo 2. La expresión ‘sentencia arbitral’ no sólo comprenderá las sentencias dictadas por los árbitros nombrados para casos determinados, sino también las sentencias dictadas por órganos arbitrales permanentes a los que las Partes se hayan sometido”. Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, 10 de junio de 1958.

Las inversiones en el TLCAN fluyen de diferentes formas, y los inversionistas e interesados en generar negocios en la zona de libre comercio han adoptado diferentes modalidades, las que se retoman en el presente estudio.

VI. CONCLUSIONES

1. La inversión extranjera en México es un motor que contribuye al desarrollo nacional.

2. Representa en sí misma un instrumento de política pública que canaliza recursos del extranjero hacia las áreas que necesitan de inversión, dentro del territorio nacional.

3. Los tratados internacionales que ha celebrado México con el resto del mundo le otorgan al país un atractivo particular, en virtud de la certidumbre jurídica que otorgan a las inversiones que se asientan dentro del mercado mexicano.

4. Entre los tratados internacionales celebrados por México, desde luego, destaca el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, TLCAN, y los 27 acuerdos de Protección y Promoción Recíproca de las Inversiones, APPRI.

5. Tanto el TLCAN como los 27 APPRI promueven la atracción de la inversión extranjera directa a nuestro país, lo cual genera, entre otros beneficios, más empleo, capacitación, y, desde luego, la enajenación de conocimiento de punta que implementan las transnacionales, *spill over*.

6. Por cuanto hace a los beneficios de la inversión extranjera indirecta, ésta se orienta principalmente hacia el mercado bursátil, permitiendo con ello la capitalización de las empresas mexicanas.

7. Finalmente, los compromisos adquiridos por México conceden a los inversionistas la oportunidad procesal para dirimir las controversias a través de los medios alternativos de solución de controversias, aun cuando a la fecha de presentación de este trabajo México no haya suscrito el Convenio de Washington, 1965, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversión entre Estados y Nacionales de otros Estados, CIADI.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Acuerdo Multilateral de Inversiones.

Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.

BARRERA GRAF, Jorge, *La regulación jurídica de las inversiones extranjeras en México*, México, UNAM, 1981.

COMISIÓN NACIONAL DE INVERSIÓN EXTRANJERA, *Informe estadístico sobre el comportamiento de la inversión extranjera directa en México*, enero-diciembre de 2000

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

DI GIVAN, Ileana, *Derecho internacional económico y las relaciones económicas internacionales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992.

Diccionario enciclopédico, Barcelona, Planeta, 1980.

ESPULGUES MOTA, Carlos *et al.*, *Legislación básica del comercio internacional*, Tirant lo Blanch, 1996.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, *Derecho del comercio internacional*, Madrid, 1996.

GARNER, Bryan, *Black's Dictionary Law*, 7th edition, United States of America, 1999.

IBARRA HERNÁNDEZ, Armando, *Diccionarios bancario y bursátil*, México, Porrúa, 1998.

MÉNDEZ SILVA, Ricardo, *El régimen jurídico de las inversiones extranjeras en México*, México, UNAM, 1969.

MORINEAU, Martha y LÓPEZ AYLLÓN, Sergio, *National Law Center for Inter-american free trade*, México, UNAM, 1999.

Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

Páginas de Internet

www.cideiber.com

www.ildis.org.ec